



VPB 2/2009 vom 10. Juni 2009

---

2009.4 (S. 26-47)

## **Gutachten zur Zulässigkeit der geplanten Tochtergesellschaft von Skyguide (Skyguide National, SkN; Projekt KNUT)**

EJPD, Bundesamt für Justiz

**Gutachten vom 30. September 2008**

---

**Stichwörter:** Flugsicherung, Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch eine privatrechtliche Aktiengesellschaft, Steuerung der delegierten Erfüllung öffentlicher Aufgaben, Auslegung von Artikel 40 des Luftfahrtgesetzes.

**Mots clés:** Service de la navigation aérienne, Exécution de tâches publiques par une société anonyme de droit privé, gestion et contrôle de l'exécution de tâches publiques déléguées, interprétation de l'art. 40 de la loi sur l'aviation.

**Termini chiave:** Servizio della sicurezza aerea, adempimento di compiti pubblici da parte di una società anonima di diritto privato, controllo dell'adempimento di compiti pubblici delegati, interpretazione dell'articolo 40 della legge sulla navigazione aerea.

---

### **Regeste:**

Die geplante Übertragung der regionalen und militärischen Flugsicherungsdienste auf eine Tochtergesellschaft der Skyguide ist aus verfassungsrechtlicher Sicht problematisch. Ist der dadurch bedingte Verlust von Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten des Bundes durch überwiegende betriebliche und strategische Interessen gerechtfertigt? (Frage teilweise offengelassen).

Auf Gesetzesebene kollidiert das Projekt mit dem geltenden Artikel 40 des Luftfahrtgesetzes: Erstens ist die vom Gesetz geforderte Mindestbeteiligung des Bundes nicht in genügender Höhe und nur indirekt gewährleistet. Zweitens ist nicht vorgesehen, dass der Bundesrat die SkN-Statuten genehmigt. Als mögliche Lösungen kommen Anpassungen des Projekts und des Gesetzes in Frage, wobei wiederum die zweifelhafte Zweckmässigkeit der Auslagerung der staatsnäheren Betriebsteile auf eine staatsfernere Tochtergesellschaft im Vordergrund steht.

Schliesslich erfordert das Projekt umfassende Anpassungen der Verordnung über den Flugsicherungsdienst.

### **Regeste:**

Le transfert envisagé du service de la navigation aérienne régional et militaire à une filiale de Skyguide pose des problèmes de nature constitutionnelle. La perte des moyens de gestion et de contrôle de la Confédération est-elle justifiée par des intérêts d'exploitation et stratégiques prépondérants ? (question laissée partiellement ouverte).

Au niveau de la loi fédérale, le projet contredit l'art. 40 de la loi sur l'aviation. Premièrement, la participation minimale de la Confédération exigée par la loi n'est pas respectée et n'est assurée que de manière indirecte. Deuxièmement, il n'est pas prévu que le Conseil fédéral approuve les statuts de la société SkN. Ces contradictions pourraient en soi être corrigées par une adaptation du projet ou de la loi. Une telle solution ne dissiperait cependant pas les doutes concernant l'opportunité du transfert d'une partie d'une entreprise proche de l'Etat à une filiale plus éloignée de l'Etat.

Il faut enfin relever que le projet nécessite des adaptations importantes de l'ordonnance sur le service de la navigation aérienne.

**Regesto:**

Il prospettato trasferimento dei servizi regionali e militari della sicurezza aerea a una filiale di Skyguide solleva problemi di natura costituzionale. La conseguente perdita di prerogative di direzione e controllo da parte della Confederazione è giustificata da interessi strategici e di gestione preponderanti? (Questione lasciata parzialmente in sospeso).

Il progetto è in contrasto con l'articolo 40 della legge federale del 21 dicembre 1948 sulla navigazione aerea. Innanzitutto la legge esige una partecipazione minima da parte della Confederazione: il progetto non rispetta tale esigenza e la partecipazione è garantita soltanto indirettamente. In secondo luogo il progetto non conferisce al Consiglio federale la facoltà di approvare gli statuti di SkN. Queste contraddizioni potrebbero in teoria essere eliminate attraverso una modifica del progetto o della legge, soluzione che tuttavia non fugherebbe i dubbi quanto all'opportunità di una parziale privatizzazione di un'azienda vicina al settore pubblico.

Il progetto renderebbe infine necessari importanti adeguamenti dell'ordinanza del 18 dicembre 1995 concernente il servizio della sicurezza aerea.

---

**Rechtliche Grundlagen:**

Art. 5 Abs. 2, Art. 29a, Art. 35 Abs. 2, Art. 87, Art. 169, Art. 178, Art. 187 BV (SR 101);  
Art. 40 Bundesgesetz vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz, LFG; SR 748.0);  
Art. 2 Abs. 2 Verordnung vom 18. Dezember 1995 über den Flugsicherungsdienst (VFSD; SR 748.132.1)

**Base juridique:**

Art. 5, al. 2; art. 29a; art. 35, al. 2; art. 87; art. 169; art. 178, art. 187 Cst. (RS 101);  
Art. 40 Loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation (LA; RS 748.0);  
Art. 2 al. 2 Ordonnance du 18 décembre 1995 sur le service de la navigation aérienne (OSNA; RS 748.132.1)

**Basi legali:**

Art. 5 cpv. 2; art. 29a; art. 35 cpv. 2; art. 87; art. 169; art. 178, art. 187 Cost. (RS 101);  
Art. 40 Legge federale del 21 dicembre 1948 sulla navigazione aerea (LNA; RS 748.0);  
Art. 2 cpv. 2 Ordinanza del 18 dicembre 1995 concernente il servizio della sicurezza aerea (OSA; RS 748.132.1)

# Inhaltsverzeichnis

---

Stichwörter: .....	25
Regeste:.....	25
Regesto:.....	26
<b>1. Fragestellung.....</b>	<b>29</b>
<b>2. Sachverhalt .....</b>	<b>29</b>
2.1 Ausgangslage .....	29
2.1.1 Skyguide als Flugsicherungsbehörde .....	29
2.1.2 Rechtsform der Skyguide.....	29
2.1.3 Beteiligungsverhältnisse .....	30
2.1.4 Interne Organisation der Skyguide.....	30
2.1.5 Gewinnstrebigkeit.....	30
2.1.6 Kosten- und Ertragsstruktur .....	31
2.1.7 Stellung der Gewerkschaften .....	32
2.1.8 Single European Sky und die funktionalen Luftraumblöcke.....	32
2.2 Was ist geplant?.....	33
2.2.1 Die geplante Tochtergesellschaft.....	33
2.2.2 Zusammenarbeit mit Skyguide, Steuerung durch Skyguide .....	33
<b>3. Begriffliche Einordnung: Auslagerung/Dezentralisierung – Privatisierung .....</b>	<b>34</b>
<b>4. Zulässigkeit auf Verfassungsstufe.....</b>	<b>34</b>
4.1 Allgemein .....	34
4.2 Artikel 178 Absatz 3 BV .....	35
4.3 Artikel 87 BV .....	35
4.4 Grundrechtsbindung.....	36
4.5 Wirksame staatliche Kontrolle.....	36

4.5.1	Kontrolle durch Gerichte .....	36
4.5.2	Kontrolle durch Parlament (Oberaufsicht), Bundesrat und Verwaltung .....	36
4.6	Öffentliche Interessen und Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) .....	38
4.6.1	Zur Diskussion stehende öffentliche Interessen .....	38
4.6.2	Eignung .....	39
4.6.3	Erforderlichkeit .....	39
4.6.4	Güterabwägung (Verhältnismässigkeit im engeren Sinn) .....	39
4.6.5	Zwischenergebnis .....	40
4.7	Ergebnis .....	40
<b>5.</b>	<b>Zulässigkeit auf Gesetzesstufe.....</b>	<b>40</b>
5.1	Überblick über die Entstehungsgeschichte von Artikel 40 LFG: .....	40
5.2	Einzelne Voraussetzungen der Übertragung (Art. 40 Abs. 2 LFG) .....	40
5.2.1	Zuständigkeit des Bundesrates zur Aufgabenübertragung .....	40
5.2.2	"einer ... Aktiengesellschaft" .....	41
5.2.3	Gemischtwirtschaftlicher Aufgabenträger .....	42
5.2.4	Bloss indirekte Beteiligung .....	42
5.2.5	Rechnerisch zu geringe Beteiligung des Bundes.....	43
5.2.6	Genehmigung der Statuten durch den Bundesrat.....	43
5.2.7	"Der Bund ist für die hoheitliche Funktion verantwortlich." .....	44
5.3	Ergebnis und Lösungsmöglichkeiten .....	44
5.3.1	Lösungsmöglichkeiten betreffend die Mehrheitsbeteiligung .....	45
5.3.2	Lösungsmöglichkeiten betreffend die Genehmigung der Statuten .....	45
<b>6.</b>	<b>Zulässigkeit auf Verordnungsstufe .....</b>	<b>45</b>
6.1	Aufgabenübertragung an die Skyguide (Art. 2 Abs. 2 VFSD) .....	46
6.2	Insbesondere der 2. Abschnitt VFSD (Die Skyguide) .....	46
6.3	Ergebnis .....	47

# 1. Fragestellung

Das Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL) hat das Bundesamt für Justiz (BJ) gebeten, die folgenden Fragen zu untersuchen:

1. "Hat KNUT eine genügende gesetzliche Grundlage im geltenden nationale Recht?"
2. "Falls nein: Welche Anpassungen der nationalen Gesetzgebung / des Projekts KNUT sind vorzunehmen?"

## 2. Sachverhalt

### 2.1 Ausgangslage

#### 2.1.1 Skyguide als Flugsicherungsbehörde

Die Skyguide (gemäss ihren Statuten: "SKYGUIDE, Schweizerische Aktiengesellschaft für zivile und militärische Flugsicherung") ist diejenige Stelle, die in der Schweiz und teilweise im angrenzenden Ausland die wesentlichen Flugsicherungsdienste erbringt. Gemäss Artikel 1 Absatz 1 und Artikel 2 Absatz 2 VFSD<sup>1</sup> leistet die Skyguide:

- den Flugverkehrsleitdienst;
- den Fluginformationsdienst;
- den Fernmeldedienst;
- den Alarmdienst;
- den technischen Dienst;
- den Flugvermessungsdienst für Radionavigationsanlagen;
- den Luftfahrtinformationsdienst.

Zwei Flugsicherungsdienste weist die VFSD nicht der Skyguide zu:

- Der Luftfahrthindernisdienst obliegt dem BAZL (Art. 2 Abs. 1 letzter Satz VFSD).
- Für den zivilen Flugwetterdienst ist das Bundesamt für Meteorologie und Klimatologie zuständig (MeteoSchweiz, siehe Art. 2 Abs. 4 VFSD).

Die Teilaufgaben dieser Dienste werden im Anhang zur VFSD etwas detaillierter aufgeführt.

Die Skyguide gilt im Rahmen der ihr zugewiesenen Dienste als Flugsicherungsbehörde (ATS authority, für: air traffic services authority) im Sinn der Anhänge 2 (Rules of the Air, deutsch etwa: Flugregeln) und 11 (Air Traffic Services, deutsch: Flugsicherung) zur Chicago-Konvention<sup>2</sup> (Art. 2 Abs. 2 erster Satz VFSD).

#### 2.1.2 Rechtsform der Skyguide

Die Skyguide ist eine "Aktiengesellschaft im Sinne des Schweizerischen Obligationenrechts" (Art. 1 der Skyguide-Statuten).

---

<sup>1</sup> SR 748.132.1. Sämtliche Erlassstitel-Abkürzungen, Literaturangaben etc. werden am Ende des Gutachtens in einer Liste erklärt.

<sup>2</sup> Übereinkommen vom 7. Dezember 1944 über die internationale Zivilluftfahrt, SR 0.748.0.

### 2.1.3 Beteiligungsverhältnisse

Am Aktienkapital von 140 Millionen Franken bestehen folgende Beteiligungen<sup>3</sup>:

- Der Bund hält 99.94 % der Skyguide-Aktien.
- Die verbleibenden 0.06 % der Aktien gehören Flughafenkantonen, Luftfahrtverbänden, Personalverbänden etc.<sup>4</sup>

Praktisch gesehen kann man also sagen: Die Skyguide ist ein Unternehmen des Bundes mit einer ganz marginalen privaten Beteiligung, die historisch bedingt ist<sup>5</sup>.

### 2.1.4 Interne Organisation der Skyguide

Die Skyguide ist heute in fünf Sparten gegliedert<sup>6</sup>:

- Safety, Security, Quality;
- Operations (die konkrete Durchführung der Flugsicherungsdienste);
- Finance, Human Resources & Services;
- Engineering & Technical Services;
- Corporate Development.

Innerhalb der Sparte Operations bestehen wiederum sechs Abteilungen<sup>7</sup>:

- Operation GVA (Betrieb Genf);
- OPS Support (zentrale Dienste für die Betriebs-Abteilungen);
- Operation ZRH (Betrieb Zürich);
- Training (Ausbildung);
- AIM (Aeronautical Information Management, Verwaltung von Luftinformationen);
- OM (OPS Military and regional aerodromes, regionale und militärische Dienste).

Besonders erwähnenswert ist, dass die zuletzt genannte Abteilung OM Flugsicherungsdienste erbringt<sup>8</sup>:

- für die An- und Abflüge auf den Regional- und Militärflughäfen;
- für den unteren Luftraum bis ca. 6000 Meter über Meer ausserhalb der Nahverkehrsbereiche (TMA, Terminal Control Area) Zürich und Genf;
- für die militärischen Flüge im gesamten Luftraum.

### 2.1.5 Gewinnstrebigkeit

Die Skyguide ist gemäss Artikel 1 ihrer Statuten nicht gewinnstrebig. Das bedeutet, dass allfällige Gewinne grundsätzlich nur zur Bildung von Reserven verwendet werden. Über den

---

<sup>3</sup> Geschäftsbericht 2007 der Skyguide, S. 45

<sup>4</sup> "Was tut Skyguide heute", Präsentation von Urs Ryf, Leiter des Geschäftsbereichs "Operations" der Skyguide, Bern, 21. August 2008, Folie 5.

<sup>5</sup> Für einen Überblick über die Geschichte der Skyguide (damals Radio Schweiz AG, RSAG) bis 1984 siehe das Gutachten des BJ vom 17. Januar 1984. Seither hat der Bund seine dominante Position als Aktionär namentlich durch Kapitalerhöhungen weiter ausgebaut.

<sup>6</sup> "skyguide united, Struktur 2008", Präsentation von Daniel Weder, CEO (Chief Executive Officer) der Skyguide, Februar 2008, S. 3.

<sup>7</sup> Daniel Weder, a.a.O. S. 7

<sup>8</sup> Ausführungen der Herren Urs Ryf und Blaise Matthey anlässlich der Präsentation im BJ vom 7. August 2008; E-Mail von Herrn Urs Ryf vom 17. September 2008.

diesbezüglichen Finanzbedarf hinaus sollen Gewinne durch Gebührensenkungen an die Nutzer der Flugsicherungsdienste zurückgegeben werden<sup>9</sup>.

### 2.1.6 Kosten- und Ertragsstruktur

Die Skyguide soll zwar keinen Gewinn für die Aktionäre (d.h. vor allem für den Bund) erwirtschaften (siehe oben Ziffer 2.1.5), sie ist jedoch gehalten, die ihr entstehenden Kosten selber zu decken<sup>10</sup>. Sie tut dies im Wesentlichen, indem sie von den Benützern ihrer Dienste Gebühren erhebt<sup>11</sup>. Weitere in Artikel 9 Absatz 1 VFSD vorgesehene Einnahmequellen sind:

- Abgeltungen aus zwischenstaatlichen Vereinbarungen (aktuell v.a. für die Zusammenarbeit mit Frankreich relevant);
- Abgeltungen des Bundes für gebührenbefreite Flüge bei der Streckenflugsicherung;
- Abgeltungen des Bundes für militärische Flüge;
- Einnahmen aus weiteren Dienstleistungen;
- Vermögenserträge.

Konkret stammen heute die Betriebserträge der Skyguide aus folgenden Quellen<sup>12</sup>:

- 61.9 % aus Überfluggebühren (einschliesslich der Entschädigungen von Frankreich für die Kontrolle französischen Luftraums);
- 26 % aus Anfluggebühren;
- 9.7 % aus Vergütungen für militärische Flüge;
- 2.3 % aus übrigen Einnahmen.

Aus finanzieller Sicht besteht mit Blick auf die vom Projekt KNUT betroffene Abteilung "Regionale und militärische Dienste" eine Besonderheit: Während die militärischen Dienste vom Bund kostendeckend abgegolten werden, decken die Gebühren für die An- und Abflüge auf Regionalflughäfen die entsprechenden Kosten bei Weitem nicht. Die Kostenunterdeckung dieses Geschäftsbereichs beträgt rund 24 Millionen Franken pro Jahr<sup>13</sup>. Die Skyguide beabsichtigt, zur Deckung dieser Lücke Bundesgelder zu beanspruchen, die aus Flug-

<sup>9</sup> Vgl. etwa S. 58 des Geschäftsberichts 2007 der Skyguide mit den Vorschlägen des Verwaltungsrats für die Gewinnverwendung; siehe auch [www.skyguide.ch](http://www.skyguide.ch) > about skyguide > facts & figures > market structure (direkt: <http://www.skyguide.ch/en/AboutSkyguide/FactsFigures/Marktstruktur/>).

<sup>10</sup> Art. 9 Abs. 1 VFSD; Ziffer 3.1 der strategischen Ziele des Bundesrates für die Skyguide 2008–2011, BBl 2008 1949, 1950.

<sup>11</sup> Gemäss Artikel 48 Absatz 2 LFG und Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a VFSD und dem 3. Abschnitt der VFSD kann die Skyguide Gebühren erheben.

<sup>12</sup> Geschäftsbericht 2007 der Skyguide, S. 72 (Ziffer 1, Betriebserträge); vgl. auch die vereinfachte Darstellung in "Was tut Skyguide heute", Präsentation von Urs Ryf, Leiter des Geschäftsbereichs "Operations" der Skyguide, Bern, 21. August 2008, Folie 6.

<sup>13</sup> Dokument "Lösung für strukturelle Kostenunterdeckung", zur Verfügung gestellt von Urs Ryf, Skyguide, per E-Mail vom 17. September 2008; siehe auch den erläuternden Bericht zum Vernehmlassungsentwurf "Teilrevision I des Luftfahrtgesetzes", Juni 2008, verfügbar auf [www.admin.ch](http://www.admin.ch) > Vernehmlassungs- und Anhörungsverfahren (direkt: <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1445/Bericht.pdf>).

Treibstoffsteuern stammen und in die geplante "Spezialfinanzierung Luftverkehr"<sup>14</sup> fließen sollen<sup>15</sup>.

### 2.1.7 Stellung der Gewerkschaften

Einer der Gründe, warum die Skyguide die aktuelle Situation nicht als optimal empfindet, steht im Zusammenhang mit der starken Stellung der Gewerkschaften ihrer Angestellten.

Die Skyguide geht davon aus, dass die Gewerkschaften mit zwei rechtlich getrennten Flugsicherungsunternehmen eher separate Gesamtarbeitsverträge schliessen und Hand für flexiblere Lösungen bieten würden, die der Unterschiedlichkeit der Flughäfen und Ausnahmesituationen bei besonderen Anlässen besser Rechnung tragen würden.<sup>16</sup>

### 2.1.8 Single European Sky und die funktionalen Luftraumblöcke

Unter dem Titel "Single European Sky" (SES, etwa: "einheitlicher europäischer Luftraum") laufen in Europa intensive Bestrebungen, den europäischen Luftraum unter dem Gesichtspunkt der Optimierung der Verkehrsströme neu zu strukturieren und dabei dessen Zersplitterung durch nationale Landesgrenzen und Interessen aufzulösen, indem eine begrenzte Anzahl von funktionellen Luftraumblöcken geschaffen wird. Die Europäische Gemeinschaft (EG) hat bereits ein umfangreiches Regelwerk erlassen, welches die Einrichtung dieser landesgrenzenübergreifenden Luftraumblöcke einleiten und steuern soll. Die Schweiz hat die betreffenden EG-Verordnungen im Luftverkehrsabkommen mit der EG übernommen<sup>17</sup>.

Aus diesem Projekt "Single European Sky" entsteht nun ein Bedürfnis, die verschiedenen Tätigkeitsbereiche der Skyguide zu entflechten. Dafür sprechen namentlich folgende Gründe:

- Artikel 15 Absatz 2 Buchstabe d der Verordnung (EG) 550/2004<sup>18</sup> lässt eine Quersubventionierung zwischen unterschiedlichen Flugsicherungsdiensten nur zu, wenn objektive Gründe vorliegen und wenn sie eindeutig ausgewiesen wird. Momentan laufende Revisionsbestrebungen deuten darauf hin, dass eine Quersubventionierung zwischen Streckendiensten und Nahverkehrsbereichsdiensten ausnahmslos unzulässig sein wird<sup>19</sup>.
- Ein länderübergreifender Luftraumblock<sup>20</sup> erfordert eine enge Zusammenarbeit der bisher nationalen Erbringer von Flugsicherungsdiensten. Denkbar sind vielfältige Kooperations-

<sup>14</sup> Revision von Artikel 86 BV: Botschaft des Bundesrates BBl 2007 6373; Geschäftsnummer beim Parlament 07.066; die Revision befindet sich momentan in der parlamentarischen Beratung.

<sup>15</sup> Marc R. Bohren, Finanzchef der Skyguide, When services are not paid for: the consequences of structural shortfalls, in: Skymag (Zeitschrift der Skyguide) Nr. 16 vom Juni 2008, S. 20–21, verfügbar auf [www.skyguide.ch](http://www.skyguide.ch); Ausführungen der Herren Urs Ryf und Blaise Matthey anlässlich der Präsentation im BJ vom 7. August 2008.

<sup>16</sup> Zum ganzen Abschnitt: Ausführungen der Herren Urs Ryf und Blaise Matthey anlässlich der Präsentation im BJ vom 7. August 2008.

<sup>17</sup> Insbesondere die Verordnungen (EG) 549/2004, (EG) 550/2004, (EG) 551/2004, (EG) 552/2004 und (EG) 2096/2005, alle gemäss Ziffer 5 des Anhangs zum ("Bilateralen") Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (SR 0.748.127.192.68).

<sup>18</sup> Gemäss Ziffer 5 des Anhangs des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (SR 0.748.127.192.68).

<sup>19</sup> Artikel 15 Absatz 2 Buchstabe d der Verordnung (EG) 550/2004 soll gemäss einem Vorschlag der Kommission vom 25. Juni 2008 (KOM[2008] 388 endgültig) folgende Fassung erhalten: "Eine Quersubventionierung zwischen Streckendiensten und Nahverkehrsbereichsdiensten ist nicht zulässig. Sie ist zwischen unterschiedlichen Flugsicherungsdiensten in einer der beiden Kategorien nur bei Vorliegen objektiver Gründe zulässig und sofern sie eindeutig ausgewiesen wird."

<sup>20</sup> Wie er aktuell für Deutschland, Frankreich, die Benelux-Länder und die Schweiz unter dem Titel Functional Airspace Block Europe Central (FABEC) geplant ist; Informationen dazu finden sich aktuell auf [www.skyguide.ch](http://www.skyguide.ch); eine "Gemeinsame Absichtserklärung zur Schaffung eines Funktionalen Luftraumblocks 'Eu-



formen bis hin zu internationalen Fusionen, beschlossen ist jedoch noch nichts. Aus diesem Blickwinkel besteht ein Bedürfnis, die Organisation, die Finanzen und die rechtliche Existenz der von der künftigen Zusammenarbeit betroffenen Teile von Skyguide von den nicht betroffenen Teilen zu trennen. Dies umso mehr, als mit der militärischen Flugsicherung ein Bereich berührt wird, der aus Überlegungen der Souveränität und Neutralität zumindest momentan für enge internationale Kooperationen politisch kaum in Frage kommt, ganz abgesehen von rechtlichen Problemen, die solchen Unterfangen im Weg stehen könnten.

## 2.2 Was ist geplant?

### 2.2.1 Die geplante Tochtergesellschaft

Die Skyguide beabsichtigt, die Aktivitäten des Geschäftsbereichs OM (unter Wiederverwendung des momentan inaktiven Aktienmantels der Tochtergesellschaft Swisscontrol) in eine Tochtergesellschaft auszulagern<sup>21</sup>.

Bei der Gründung sollen die Aktien der SkN zu 100 % der Skyguide gehören; mindestens 51 % des Aktienkapitals müssen auf jeden Fall bei der Skyguide verbleiben (Art. 3 Abs. 2 Statutenentwurf).

Die SkN soll die Sachmittel, Angestellten und Aktivitäten der heutigen Geschäftseinheit "regionale und militärische Dienste" (s.o. Ziffer 2.1.4) übernehmen, inkl. "des équipements et du mobilier de bureau, des installations de sécurité aérienne et du matériel informatique" (Art. 3<sup>bis</sup> Statutenentwurf).

Die SkN soll nicht gewinnorientiert sein (Art. 1 Statutenentwurf).

Der Statutenentwurf sieht keine besonderen Bestimmungen über die Zusammensetzung der Organe vor. Insbesondere soll der Verwaltungsrat nach den üblichen Regeln des Obligationenrechts von der Generalversammlung gewählt werden. Der Entwurf des Organisationsreglements (Art. 2 Abs. 2) hingegen hält fest:

Der Verwaltungsrat besteht in der Regel aus Mitgliedern der Geschäftsleitung von skyguide SA. Der Verwaltungsrat kann der Generalversammlung Antrag auf Wahl von Personen ausserhalb der Geschäftsleitung von skyguide stellen. Er begründet seinen Antrag.

### 2.2.2 Zusammenarbeit mit Skyguide, Steuerung durch Skyguide

"Getragen vom Konzerngedanken"<sup>22</sup> legt der Entwurf der Leistungsvereinbarung zwischen Skyguide und SkN fest, wie die Zusammenarbeit zwischen den beiden Gesellschaften vor sich gehen soll. Kennzeichnende Elemente sind namentlich:

- die Steuerung der SkN durch die Skyguide nicht nur über die Aktionärsrechte, sondern auch über die Leistungsvereinbarung (ein Vertrag nach Obligationenrecht);
- die (zumindest faktische) Übernahme sämtlicher von der Skyguide geschlossener Verträge mit Dritten sowie der Skyguide-internen Weisungen durch die SkN (Art. 4 und 5);
- die bei der Skyguide verbleibende Gesamtverantwortung (Art. 6);

---

*rope Central'* zwischen Deutschland, Belgien, Frankreich, Luxemburg, den Niederlanden und der Schweiz" befindet sich momentan im Verfahren der innerstaatlichen Genehmigung. Sie soll den Rahmen abstecken, innerhalb dessen ein Staatsvertrag über die Einrichtung des FABEC ausgehandelt werden soll.

<sup>21</sup> Diese inaktive Tochtergesellschaft wurde 2001 neu gegründet, um die Firma (in Sinn von: den Namen) "Swiss-control" zu schützen, da die ehemalige Swisscontrol auf skyguide umbenannt wurde.

<sup>22</sup> Artikel 1 Absatz 1 des Entwurfs der Leistungsvereinbarung.

- die vertraglich geregelte finanzielle Entschädigung für Leistungen, welche die eine Einheit zugunsten der anderen erbringt.

### 3. Begriffliche Einordnung: Auslagerung/Dezentralisierung – Privatisierung

Ausgehend von der Terminologie, wie sie etwa Jaag, Dezentralisierung und Privatisierung<sup>23</sup> verwendet, lässt sich der organisationsrechtliche Status der Skyguide und der SkN folgendermassen charakterisieren:

Die Skyguide ist eine **dezentralisierte** Einheit, da sie ausserhalb der Zentralverwaltung steht<sup>24</sup>. Sie ist eine privatrechtliche Aktiengesellschaft, wenn sie auch gewisse öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einhalten muss (Art. 40 Abs. 2 LFG); die **Organisation** ist somit (bereits heute) **der Form nach privatisiert** (Organisationsprivatisierung, rein formelle Privatisierung). Die Skyguide gehört, abgesehen von einem vernachlässigbaren, historisch bedingten privaten Rest, dem Bund. Sie ist praktisch ein **öffentliches Unternehmen in Privatrechtsform**.

Die SkN ist ebenfalls als dezentralisierte Einheit konzipiert. Sie soll jedoch noch ein gutes Stück weiter von der Verwaltung entfernt sein als ihre Mutter, indem sie nur indirekt, auf dem Umweg über die Skyguide, dem Bund gehören soll. Insofern kann man sagen, das Projekt bringe gegenüber dem Status Quo eine **weitergehende Dezentralisierung**. Auf der Ebene der Rechtsform findet jedoch formell **keine weitere Privatisierung** statt, da die Skyguide ja schon eine privatrechtliche Aktiengesellschaft ist.

## 4. Zulässigkeit auf Verfassungsstufe

### 4.1 Allgemein

Einleitend kann hier festgehalten werden, dass es schwierig ist, auf Verfassungsstufe einfache und klare Regeln für die Zulässigkeit der einen oder anderen dezentralisierten oder privatisierten Organisation auszumachen<sup>25</sup>. Abgesehen von Artikel 178 BV gibt es kaum spezifische Vorschriften; man ist im Wesentlichen auf die Auslegung allgemeiner Verfassungsprinzipien angewiesen, wie sie etwa in Artikel 5 BV verankert sind.

Es wäre jedoch ein Trugschluss zu meinen, aus der Sicht des Verfassungsrechts sei es gleichgültig, welche Aufgaben der Staat privatisiere oder von dezentralen Einheiten (allenfalls von solchen in Privatrechtsform) erfüllen lasse. Der Hauptgrund, warum die Zulässigkeit solcher Vorhaben genauer überprüft werden muss, liegt darin, dass "la délégation à l'extérieur de l'administration supprime le lien hiérarchique de subordination au Conseil fédéral qui existe à l'intérieur"<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Jaag, Dezentralisierung und Privatisierung, S. 26–33, inkl. Übersichtstabelle auf S. 27.

<sup>24</sup> Artikel 2 Absatz 3 RVOG sowie Artikel 6 Absatz 1 Buchstaben e und f, Artikel 8 und der Anhang der RVOV versuchen, eine Abgrenzung der "zentralen Bundesverwaltung" von den "dezentralen Verwaltungseinheiten" und von den verwaltungsexternen Einheiten vorzunehmen. Diese formale Kategorisierung ist jedoch für die vorliegende Fragestellung von beschränktem Wert. Insbesondere kann kaum beantwortet werden, ob die heutige Skyguide eine "dezentralisierte Verwaltungseinheit nach Massgabe ihrer[s] Organisationserlasse[s]" (Art. 2 Abs. 3 RVOG) ist oder zu den "selbständigen Anstalten und Betrieben" (Art. 6 Abs. 1 Bst. f RVOV) gehört.

<sup>25</sup> Vgl. Lienhard/Ladner/Steiner, Zwischentitel "Rechtliche Perspektiven".

<sup>26</sup> Pascal Mahon, Art. 178 Rz. 10, in: Aubert/Mahon.

## 4.2 Artikel 178 Absatz 3 BV

Artikel 178 Absatz 3 BV verlangt für die Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf verwaltungsexterne Stellen eine gesetzliche Grundlage. Dass damit eine formellgesetzliche Grundlage (d.h. ein Bundesgesetz) gemeint ist<sup>27</sup>, ergibt sich aus dem Wortlaut und aus der Entstehungsgeschichte: Ein Antrag der Verfassungskommissionen hätte eine Übertragung "auf dem Weg der Gesetzgebung" zugelassen. Nach diesem Vorschlag hätte ein allgemeines Gesetz die Voraussetzungen für die Auslagerung generell umschreiben können und der Bundesrat hätte auf der Verordnungsweg über einzelne Auslagerungsprojekte entscheiden können. Dieser Antrag scheiterte jedoch in den Plenarberatungen<sup>28</sup>.

Es muss geklärt werden, ob die Flugsicherung zu den "Verwaltungsaufgaben" / "tâches de l'administration" / "compiti amministrativi" im Sinn von Artikel 178 Absatz 3 BV gehört<sup>29</sup>. Der Luftverkehr bringt ein grosses Gefährdungspotential mit sich. Diesem wird auf internationaler und nationaler Ebene durch ein dichtmaschiges Netz von Vorschriften, Kontrollen usw. begegnet. Ein Teil dieses Systems von Sicherheitsmassnahmen ist die Flugsicherung, deren primäres Ziel die Verhütung von Unfällen ist; zugleich dient die Flugsicherung auch der effizienten Abwicklung des Verkehrs. Eine solche Gefahrenabwehr gehört zu den klassischen Polizeiaufgaben<sup>30</sup>. Hinzu kommt, dass zum Kern der Flugsicherung das Erteilen von verbindlichen, auf öffentliches Recht gestützten Anweisungen an die Piloten gehört. Wer sich nicht daran hält, muss mit strafrechtlichen und administrativen Sanktionen (bis hin zum Ausweisentzug) rechnen. Verbindliche Anweisungen dieser Art kann an sich nur der Staat durch seine Verwaltung erteilen. Die Flugsicherung ist somit eine Verwaltungsaufgabe.

Die Entscheidung darüber, ob der Bund die Erbringung der Flugsicherungsdienste auf einen externen Verwaltungsträger übertragen soll, muss somit gemäss Artikel 178 Absatz 3 BV der Gesetzgeber selber fällen.

## 4.3 Artikel 87 BV

Das LFG und das gesamte innerstaatliche schweizerische Recht der Luftfahrt stützen sich auf Artikel 87 BV:

Die Gesetzgebung über den Eisenbahnverkehr, die Seilbahnen, die Schifffahrt sowie über die Luft- und Raumfahrt ist Sache des Bundes.

Dieser Wortlaut erschöpft sich in einer reinen Kompetenzzuweisung. "Die Gesetzgebung über ... ist Sache des Bundes" ist eine Standardklausel für die umfassenden Bundeskompetenzen und lässt dem Bund die Wahl, was für eine Regelung er treffen will<sup>31</sup>. Die Verfassung sagt es im Allgemeinen ausdrücklich, wenn sie den Bund auf eine bestimmte Art der Kompetenzausübung verpflichten will. Beispielsweise verpflichtet Artikel 92 Absatz 2 BV den Bund

<sup>27</sup> Siehe zu den Kategorien des "Gesetzes im formellen Sinn" und "im materiellen Sinn" und den verschiedenen Terminologien z.B. Auer/Malinverni/Hottelier, Volume I, N. 1455–1461; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 105–105a; Häfelin/Haller, N. 1821; Rhinow, Verfassungsrecht, N. 2439–2445.

<sup>28</sup> Entwurf des Bundesrates: BBl 1997 I 589, 626; Botschaft des Bundesrates: BBl 1997 I 1, 408–409; Amtliches Bulletin 1998, Sonderdruck Reform der Bundesverfassung, Nationalrat S. 111–113, 365–367 / Ständerat S. 144, 194; Biaggini, Art. 178 N. 1, 32, in: St. Galler BV-Kommentar; Mahon, Art. 178 Rz. 10, in: Aubert/Mahon.

<sup>29</sup> Dazu Giovanni Biaggini, Art. 178 N. 29, in: St. Galler BV-Kommentar.

<sup>30</sup> Der Begriff "Polizei" wird hier gemäss einer funktionalen Definition im Sinn des allgemeinen Verwaltungsrechts verwendet, nicht im Sinn des "Luftpolizeidienstes" im Sinn von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung vom 29. Oktober 2003 über das Überwachungsgeschwader (UeGV, SR 510.102), wo es um die Wahrung der Lufthoheit – notfalls durch Gewaltanwendung – geht. Siehe zum hier verwendeten funktionalen Polizeibegriff etwa Häfelin/Müller/Uhlmann § 35; Tschannen/Zimmerli § 52

<sup>31</sup> Martin Lendi, Art. 87 N. 22 und 32, in: St. Galler BV-Kommentar; Jean-François Aubert, Art. 87, insb. N. 1–2, in: Aubert/Mahon.

dazu, für die Grundversorgung im Post- und Fernmeldebereich zu sorgen<sup>32</sup>; Artikel 83 BV verpflichtet ihn, die Nationalstrassen zu bauen, zu betreiben und zu unterhalten.

Artikel 87 BV als reine Kompetenznorm verpflichtet den Bund somit nicht, im Bereich der Flugsicherung selber aktiv zu werden, und steht dem Projekt KNUT daher nicht entgegen.

## 4.4 Grundrechtsbindung

Es fragt sich, ob die Erbringung des Flugsicherungsdienstes die Skyguide beziehungsweise die SkN zur Einhaltung der Grundrechte verpflichtet. Es wurde soeben festgehalten, dass die Flugsicherung eine Verwaltungsaufgabe ist. Daraus ergibt sich unter anderem, dass der konkrete Erbringer des Dienstes gemäss Artikel 35 Absatz 2 BV an die Grundrechte gebunden ist<sup>33</sup>. Dies gilt zumindest im Kernbereich, dem Flugverkehrsleitdienst, wo mit quasistaatlicher Autorität und gestützt auf öffentliches Recht verbindliche Anweisungen ausgegeben werden.

Die Einhaltung der Grundrechte ist jedoch weniger eine organisatorische Frage als eine des Geschäftsgebarens im Alltag. Artikel 35 Absatz 2 BV steht dem Projekt somit nicht entgegen, setzt dem Verhalten der Flugsicherungsorgane im Alltag jedoch Grenzen.

## 4.5 Wirksame staatliche Kontrolle

Die Verfassung geht vom allgemeinen Prinzip aus, dass die Ausübung staatlicher Befugnisse unter staatlicher Kontrolle stehen muss. Dies steht in einem engen Zusammenhang mit der soeben diskutierten Frage der Grundrechtsbindung, die ja auch durchgesetzt werden muss.

### 4.5.1 Kontrolle durch Gerichte

Artikel 29a BV vermittelt jeder Person bei Rechtsstreitigkeiten einen Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Aus der Tätigkeit der Flugsicherungsstelle können sich Rechtsstreitigkeiten ergeben, beispielsweise wenn Piloten der Meinung sind, sie würden in Bezug auf Wartezeiten vor dem Anflug ungerechtfertigt benachteiligt. Man kann davon ausgehen, dass die Betroffenen in solchen Fällen gestützt auf Artikel 25a des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG, SR 172.021) von der Skyguide beziehungsweise von der SkN verlangen könnten, die fehlerhaften Anweisungen zumindest für die Zukunft zu korrigieren<sup>34</sup>. Falls die Flugsicherungsbehörde dem nicht entspreche, müsste sie eine Verfügung erlassen, welche als Anfechtungsobjekt für eine Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht taugen würde<sup>35</sup>. Die Rechtsweggarantie nach Artikel 29a BV gälte auch für die SkN.

### 4.5.2 Kontrolle durch Parlament (Oberaufsicht), Bundesrat und Verwaltung

Artikel 169 Absatz 1 BV weist der Bundesversammlung die "Oberaufsicht ... über den Bundesrat ... und die anderen Träger von Aufgaben des Bundes" zu. Artikel 187 Absatz 1 Buchstabe a BV verpflichtet den Bundesrat dazu, die Bundesverwaltung und die anderen Träger

<sup>32</sup> Vgl. dazu das Gutachten des BJ vom 20. April 2006: "Postgesetzgebung. Rechtliche Zulässigkeit der Auslagerung eines Geschäftsbereichs der Schweizerischen Post (PaketPost) in eine Konzerngesellschaft (PostLogistics AG)" (VPB 70.86), insb. Abschnitt 2.a.; sowie das Schwestergutachten vom 6. Juni 2006: "Gesetzgebung über die Personenbeförderung. Rechtliche Zulässigkeit der Auslagerung eines Geschäftsbereichs der Schweizerischen Post (Personenverkehr) in eine Konzerngesellschaft (PostAuto Schweiz AG)" (VPB 70.87), insb. Abschnitt 2.a.; Botschaft zur Bundesbeteiligung am Unternehmen Swisscom AG (BBl 2006 3763), S. 3807–09.

<sup>33</sup> Vgl. Jaag, Dezentralisierung und Privatisierung, S. 43–44; Pascal Mahon, Art. 35 N. 5–8, in: Aubert/Mahon.

<sup>34</sup> Aus der Praxis ist dem BJ jedoch kein solcher Fall bekannt.

<sup>35</sup> Art. 25a Abs. 2 VwVG in Verbindung mit Art. 31 Bundesverwaltungsgerichtsgesetz (VGG, SR 173.32) und Art. 5 VwVG.

von Aufgaben des Bundes zu überwachen (siehe auch den inhaltlich gleichlautenden Artikel 8 Absatz 4 RVOG). Diese Kontrolle hat zwei Aspekte: Einerseits soll die Rechtmässigkeit des Gesetzesvollzugs überwacht werden<sup>36</sup> und andererseits sollen die obersten Bundesorgane die strategische Ausrichtung aller Träger von Bundesaufgaben steuern (auch wenn der Bundesrat bei den externen Aufgabenträgern mit einer gewissen Zurückhaltung vorgehen sollte, da er diese nicht gemäss Artikel 178 Absatz 1 BV zu "leiten", sondern bloss gemäss Artikel 187 BV zu "beaufsichtigen" hat)<sup>37</sup>.

Parallel zur gerichtlichen Kontrolle im vorhergehenden Abschnitt muss hier gewährleistet sein, dass das Parlament und der Bundesrat ihre Kontrollfunktion tatsächlich wahrnehmen können. Konkret stehen ihnen dafür namentlich die folgenden Kanäle zur Verfügung:

- Die parlamentarischen Aufsichtskommissionen haben gegenüber der Flugsicherungsstelle ähnliche Befugnisse wie gegenüber der Verwaltung, unabhängig davon, wer in welcher Form die Bundesaufgabe der Flugsicherung wahrnimmt<sup>38</sup>.
- Das BAZL überwacht die Rechtmässigkeit des Vollzugs der Gesetzgebung; der Bundesrat trägt als höchste Aufsichtsbehörde des BAZL die Verantwortung dafür (Art. 3 Abs. 1 und 2 LFG). Die Aufsicht nach LFG würde sich bei einer Realisierung des Projekts KNUT auch auf die SkN erstrecken und das BAZL hätte gegenüber der SkN dieselben Kontrollmittel wie gegenüber der Skyguide: Es könnte Inspektionen durchführen, Fluglotsenprüfungen abnehmen, Bewilligungen erteilen, ändern und entziehen etc., da Artikel 3 LFG pauschal "die Aufsicht über die Luftfahrt" erfasst, unabhängig von der organisatorischen und rechtlichen Ausgestaltung der zu Beaufsichtigenden<sup>39</sup>.
- Der Bundesrat steuert (in der Regel durch das UVEK und das EFD) die strategische Ausrichtung der Skyguide (in der "Eignerrolle"). Dafür stehen ihm einerseits die Aktionärsrechte des Bundes zur Verfügung, andererseits das Werkzeug der strategischen Zielvorgaben gemäss Artikel 6 VFSD.

Problematisch ist die Auslagerung bestimmter Flugsicherungsdienste in eine Tochtergesellschaft der Skyguide in Bezug auf den letzten Punkt, die Kontrolle in der Eignerrolle: Je weiter die Auslagerung des Flugsicherungsdienstes fortschreitet (z.B. durch die Weiterauslagerung einer Teil-Aufgabe in eine Tochtergesellschaft), umso mehr wird es den Bundesorganen erschwert, als Eigner auf die ausgelagerte Einheit Einfluss zu nehmen. Sie haben nicht mehr die Möglichkeit, über die Generalversammlung der Skyguide direkt auf den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung der Tochtergesellschaft SkN einzuwirken. Die aktienrechtlichen Einflussmittel auf den primären Träger der konkreten Aufgabenerfüllung werden somit eingeschränkt. In der Praxis des privaten Konzernrechts behilft man sich mit verschiedenen Mitteln, um trotzdem eine einheitliche Leitung von Konzernen zu ermöglichen (z.B. Verträge zwischen Mutter und Tochter, wie auch im Projekt KNUT vorgesehen). Diese

---

<sup>36</sup> Dafür wird meistens der Begriff "Aufsicht" verwendet.

<sup>37</sup> Für die Oberaufsicht durch die Bundesversammlung: Artikel 26 Absatz 3 ParlG; Philippe Mastronardi, Art. 169 insb. N. 6, in: St. Galler BV-Kommentar. Für die Aufsicht durch den Bundesrat: Giovanni Biaggini, Art. 187 N. 4–6, 15–17, in: St. Galler BV-Kommentar.

<sup>38</sup> Art. 153 Abs. 1 und 2 Parlamentsgesetz vom 13. Dezember 2002, SR 171.10.

<sup>39</sup> So regelt beispielsweise auch die Verordnung über die Ausweise für das Personal der Flugsicherung (VAPF; SR 748.222.3) die Zulassung des Flugsicherungspersonals unabhängig von der rechtlichen Ausgestaltung ihres Arbeitgebers (sowohl in der geltenden Fassung als auch nach der laufenden Totalrevision).

Ersatz-Kontrollmittel können jedoch für die Aktionäre der Mutter keine völlig gleichwertige Kontrolle sicherstellen, wie es sie innerhalb einer einzigen Aktiengesellschaft gibt.<sup>40</sup>

Eine solche Erschwerung der aktienrechtlichen Kontrolle verstösst nicht a priori gegen die Verfassung. Diese verpflichtet zwar den Gesetzgeber, eine angemessene staatliche Kontrolle der Flugsicherungsstelle sicherzustellen. Welche Kontrollkanäle dazu eingesetzt werden sollen, liegt jedoch im Ermessen des Gesetzgebers, solange die gewählte Konstruktion aufgrund einer umfassenden Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen gerechtfertigt werden kann. Ob dies der Fall ist, wird sogleich unter Ziffer 4.6 geprüft.

Beispiele für Fälle, wo der Gesetzgeber die Gründung von Tochtergesellschaften gutgeheissen hat, sind etwa Artikel 3 Absatz 1 BGRB<sup>41</sup>, der für die RUAG (Rüstungsunternehmen des Bundes) ausdrücklich eine Holding-Struktur vorsieht, oder Artikel 3 Absatz 1 TUG<sup>42</sup>, wonach die Swisscom Gesellschaften gründen und sich an Gesellschaften beteiligen kann.

## 4.6 Öffentliche Interessen und Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV)

Bereits in einem Gutachten über die Rechtsgrundlage der Radio Schweiz AG (Vorläuferin der Skyguide) vom 17. Januar 1984 hat sich das BJ auf den Standpunkt gestellt, an einer Auslagerung der Flugsicherung auf eine Einheit in privatrechtlichem Kleid bestehe kein ausreichendes öffentliches Interesse. An sich steht das BJ immer noch auf diesem Standpunkt<sup>43</sup>, doch hat das Parlament diese Frage anders entschieden. Es dient daher im Folgenden der Status Quo als Ausgangspunkt.

### 4.6.1 Zur Diskussion stehende öffentliche Interessen

An einer sicher und effizient<sup>44</sup> funktionierenden Erfüllung der Staatsaufgaben besteht ein grosses öffentliches Interesse. Wird die Sicherheit der Flugsicherung vernachlässigt, so begünstigt dies katastrophale Unfälle (man denke etwa an den Absturz von Überlingen vom 1. Juli 2002). Kann die Dienstleistung nicht effizient erbracht werden, so verursacht das Störungen im Verkehrsfluss, Verspätungen, unnötige Wartezeiten und dadurch finanzielle und ökologische Schäden. Das Ziel des Projekts KNUT ist es, die Organisation der schweizerischen Flugsicherung fit zu machen für die Zukunft.

Umgekehrt besteht auch ein gewichtiges öffentliches Interesse daran, dass die Erbringer von Flugsicherungsdiensten gut überwacht und kontrolliert werden. Dies gilt insbesondere:

- für die polizeirechtlich relevanten Teile der Flugsicherung, weil es dort um äusserst gewichtige Interessen der Allgemeinheit geht und weil in vielen Fällen die Freiheit Privater eingeschränkt wird;
- für die Tätigkeit von Organisationen, die dem Bund gehören und für deren Finanzierung dieser notfalls eintreten muss (finanzielles öffentliches Interesse).

<sup>40</sup> So finden diese Ersatz-Kontrollmittel ihre Grenze namentlich in der Verpflichtung der Organe der Tochtergesellschaft, sich für die Interessen der eigenen (auch Minderheits-) Aktionäre einzusetzen. Zum Problem der einheitlichen Leitung im Konzern allgemein: Meier-Hayoz/Forstmoser, § 24 N. 45–54; Ruedin, N. 2250.

<sup>41</sup> Bundesgesetz über die Rüstungsunternehmen des Bundes (BGRB, SR 934.21).

<sup>42</sup> Bundesgesetz über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (Telekommunikationsunternehmensgesetz, TUG, SR 784.11).

<sup>43</sup> Auch der Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates (BBI 2006 8233, 8260) weist die "Polizeiaufgaben" den nicht auslagerungsfähigen Ministerialaufgaben zu.

<sup>44</sup> Vgl. zum Kriterium der Effizienz den Bericht des Bundesrates zu den privaten Sicherheits- und Militärfirmen, BBI 2006 623, 654.

Es besteht somit ein öffentliches Interesse daran, die Flugsicherung so zu organisieren, dass sie heute und in Zukunft gut funktionieren kann; dies ist die Zielsetzung des Projekts. Andererseits besteht auch ein Interesse an einer möglichst guten Kontrolle; diese würde durch das Projekt aber erschwert, da die aktienrechtlichen Einflussmittel gegenüber SkN nicht gleichwertig wären wie diejenigen gegenüber einer direkt vom Bund beherrschten Gesellschaft. Diese Interessen sind im Folgenden zu bewerten und einander gegenüberzustellen.

#### 4.6.2 Eignung

Hier muss geklärt werden, ob sich die gegenüber dem Ist-Zustand weiter gehende Auslagerung auf Dauer *eignet*, um die Funktionstüchtigkeit und Wirtschaftlichkeit der Flugsicherung zu fördern. Die Skyguide legt mit glaubwürdigen Argumenten dar, dass das Projekt KNUT es ermöglicht, die Wirtschaftlichkeit und die Funktionstüchtigkeit der Flugsicherung zu fördern. Zudem leuchtet es ein, dass eine Modularisierung der Flugsicherungsorganisation im Hinblick auf die gesamteuropäischen Entwicklungsperspektiven Vorteile bietet<sup>45</sup>. So betrachtet eignet sich das Projekt KNUT, um die Qualität und Wirtschaftlichkeit der Flugsicherung so zu fördern, wie das Management der Skyguide es für sinnvoll erachtet.

#### 4.6.3 Erforderlichkeit

Hier ist zu fragen, ob die gegenüber heute weiter gehende Auslagerung *erforderlich* ist, um die Funktionstüchtigkeit und Wirtschaftlichkeit der Flugsicherung zu fördern. Mit anderen Worten sind gleich wirksame Mittel zur Erreichung desselben Zwecks zu suchen, welche die dem Projekt entgegenstehenden öffentlichen Interessen weniger stark beeinträchtigen.

Würden die regionalen und militärischen Dienste anstatt auf ein Tochter- auf ein Schwesterunternehmen ausgegliedert, so könnte das öffentliche Interesse an einer aktienrechtlichen Kontrolle des Leistungserbringers besser gewahrt werden. Ob diese Lösung aus betriebswirtschaftlicher Sicht gleichwertig wäre, hängt namentlich davon ab, wie selbständig die SkN betrieblich sein soll. Die Schwester-Lösung hätte gegenüber der Mutter-Tochter-Konstruktion einen gewissen Verlust an Führungs- und Koordinationsmöglichkeiten auf Management-Ebene zur Folge. Ob dieser Nachteil durch geeignete Ausgleichsmassnahmen wie etwa Verträge zwischen der Skyguide und der SkN ausgeglichen werden könnte, kann das BJ nach seinem gegenwärtigen Kenntnisstand nicht beurteilen. Wäre es zu bejahen, so wäre die Schwester-Konstruktion ein gleich wirksames (aber eben milderes) Mittel. Die Tochter-Konstruktion wäre in diesem Fall nicht erforderlich.

Die Erforderlichkeit der Tochter-Konstruktion mit dem damit einhergehenden Verlust an Einflussmitteln des Bundes ist vor diesem Hintergrund problematisch, aber nicht von vornherein klar zu verneinen.

#### 4.6.4 Güterabwägung (Verhältnismässigkeit im engeren Sinn)

Geht man davon aus, dass die Tochter-Konstruktion nicht bereits an der Erforderlichkeit scheitert, so ist hier zu fragen, ob der Verlust an aktienrechtlicher Kontrolle – wertend gewichtet – durch den Gewinn an Flexibilität, Modularität und Steuerungsmöglichkeiten auf der Management-Ebene *aufgewogen* wird. Diese Frage hängt eng zusammen mit der vorhergehenden nach der Erforderlichkeit. Für die Beantwortung beider Fragen muss untersucht werden, wie die betriebliche Zusammenarbeit zwischen der Skyguide und ihrer Tochter genau funktionieren soll und welche konkreten Vor- und Nachteile die Tochter-Konstruktion mit sich bringt.

Die Geschäftsbereiche, die für eine internationale Zusammenarbeit in Frage kommen, von den übrigen rechtlich zu trennen, scheint wie gesagt in Bezug auf Flexibilität und Modularität durchaus sinnvoll: Dadurch wird es gewiss einfacher, sie in Verhandlungen mit internationa-

<sup>45</sup> Aktuell v.a. im Hinblick auf das Projekt FABEC, siehe Ziffer 2.1.8 und die dortige Fussnote 20.

len Partnern einzubringen. Andererseits ist für das BJ momentan nicht ersichtlich, warum es besonders angezeigt ist, die regionalen und die militärischen Dienste mit ihrem intensiveren Bezug zum schweizerischen Staatsgebiet und zur staatlichen Souveränität gerade in eine Tochtergesellschaft der Skyguide auszulagern. Diese Auslagerung hätte zur Folge, dass die SKN mit ihrem stärkeren schweizerisch-staatlichen Einschlag nur über den Umweg über die internationaler orientierte Skyguide dem Bund zugeordnet wäre. Das Interesse daran, dass das Management der Skyguide die SKN steuern kann, scheint daher nicht besonders gross. Aus dieser Sicht kann das öffentliche Interesse an der Tochter-Lösung kaum als schwerwiegend bezeichnet werden.

Das entgegenstehende öffentliche Interesse an der Erhaltung der Einflussmöglichkeiten des Bundes hingegen wiegt gerade angesichts der genannten Schweiz-Bezüge umso schwerer.

Es ist also zumindest fragwürdig, ob das öffentliche Interesse an der Auslagerung der regionalen und der militärischen Dienste in eine Tochtergesellschaft der Skyguide gegenüber den entgegenstehenden öffentlichen Interessen überwiegt.

#### 4.6.5 Zwischenergebnis

Aus der Sicht der öffentlichen Interessen und der Verhältnismässigkeit im Sinn von Artikel 5 Absatz 2 BV ist das Projekt KNUT nicht von vornherein unzulässig, aber doch zweifelhaft. Die endgültige Beurteilung dieser Frage hängt zentral davon, wie die Variante des Schwesterunternehmens aus betrieblicher Sicht zu beurteilen ist. Die Skyguide und das UVEK sollten diese Variante genauer prüfen.

### 4.7 Ergebnis

Abgesehen von den soeben dargelegten Zweifeln an der Verhältnismässigkeit des Projekts KNUT enthält die Bundesverfassung keine Vorschrift, aufgrund der das Projekt an sich unzulässig wäre. Sie stellt jedoch einige Rahmenbedingungen auf, die bei der Umsetzung des Projekts KNUT berücksichtigt werden müssen.

## 5. Zulässigkeit auf Gesetzesstufe

### 5.1 Überblick über die Entstehungsgeschichte von Artikel 40 LFG:

- Die bis 2003 geltende Fassung stammte aus einer Revision vom 18. Juni 1993<sup>46</sup>.
- Die geltende Fassung der Absätze 2 (geändert), 2<sup>bis</sup>-2<sup>quinqües</sup> (neu) und 5 (aufgehoben) stammt aus einer ausschliesslich daraus bestehenden Revision vom 21. März 2003<sup>47</sup>.

### 5.2 Einzelne Voraussetzungen der Übertragung (Art. 40 Abs. 2 LFG)

#### 5.2.1 Zuständigkeit des Bundesrates zur Aufgabenübertragung

Das Gesetz weist die Kompetenz zur Übertragung der Aufgabenerfüllung an einen externen Aufgabenträger dem Bundesrat zu. Das Projekt KNUT könnte gegen diesen Aspekt der Vor-

<sup>46</sup> Botschaft BBI 1992 I 607; Entwurf BBI 1992 I 647; Geschäftsnummer Parlament 91.076 (Stenographisches Bulletin insb. Nationalrat 1992/1 755, Ständerat 1993 755); AS 1994 3010 3017.

<sup>47</sup> Botschaft BBI 2002 4430; Entwurf BBI 2002 4446; Geschäftsnummer Parlament 02.043 (Amtliches Bulletin insb. Nationalrat 2002 1945, Ständerat 2003 156, Nationalrat 2003 264); Referendumsvorlage BBI 2003 2852 (fr. S. 2537, it. S. 2479); AS 2003 2179.



schrift verstossen, indem der Bundesrat in die Aufgabenübertragung auf die Tochtergesellschaft nicht einbezogen würde. Dies ist jedoch eine Frage der Verordnungsauslegung (Ziffer 6). Die reine Zuständigkeitsfrage steht dem Projekt auf Gesetzesebene somit nicht entgegen.

### 5.2.2 "einer ... Aktiengesellschaft"

Das Gesetz spricht von "einer ... Aktiengesellschaft", und man kann sich fragen, ob der unbestimmte Artikel der Einzahl wirklich eine Einschränkung auf eine einzige Gesellschaft bedeuten soll. Der reine Wortlaut deutet dies an sich an.

Man hat beim Erlass der Gesetzesrevision in den Jahren 1992 und 1993 vordergründig offensichtlich nur an die damalige Swisscontrol gedacht und daher von *einer* Gesellschaft gesprochen. Diskutiert wurde sowohl in der Botschaft als auch im Parlament zwar sehr wohl darüber, ob die Übertragung auf eine formell privatrechtliche Organisation überhaupt zulässig sei, nicht aber darüber, ob neben der damaligen Swisscontrol noch eine andere Gesellschaft Platz haben solle<sup>48</sup>.

Ähnlich verhielt es sich mit der Revision von 2002/2003: Man diskutierte über die Fusionierung der militärischen und der zivilen Flugsicherung und die damit verbundene Möglichkeit, die militärische Flugsicherung auf die Skyguide zu übertragen, sowie über damit verbundene finanzielle Aspekte<sup>49</sup>. Kein Thema war die Frage, ob die frisch fusionierten militärischen und regionalen (zivilen) Dienste von den verbleibenden, internationaler orientierten (zivilen) Diensten getrennt werden könnten.

Einerseits könnte man argumentieren, dem Parlament sei die Anzahl der Organisationen gleichgültig gewesen, andererseits könnte man den genau gegenteiligen Schluss ziehen, es sei eben nur von der Swisscontrol/Skyguide gesprochen worden, weil man nur dieses eine Unternehmen gemeint habe und somit für eine allfällige Aufteilung keine Grundlage habe schaffen wollen. Aus der historischen Betrachtungsweise lässt sich somit keine klare Antwort ableiten.

Nun gibt es aber in Artikel 40 Absatz 4 LFG eine ausdrückliche Grundlage für die Übertragung örtlicher Flugsicherungsdienste auf die betreffenden Flughafenhalter. Das Gesetz geht also nicht davon aus, es sei aus Sicherheits-, Effizienz- oder sonstigen Gründen notwendig, dass alle Flugsicherungsdienste im ganzen Land innerhalb einer einzigen juristischen Person erbracht werden, solange die Zusammenarbeit gut funktioniert. Luftfahrzeuge von einem Zentrum ans andere zu übergeben, ist ohnehin das tägliche Brot der Flugsicherung. Ob dies innerschweizerisch zwischen zwei Abteilungen derselben Rechtsperson geschieht (wie heute) oder zwischen zwei Rechtspersonen (wie geplant), ist mit Bezug auf die Erfüllung der konkreten Aufgaben wenig relevant. Wichtig ist, dass die konkreten Arbeitsabläufe zweckmässig organisiert sind. Wie oben bei der Verfassungsmässigkeit ausgeführt wurde, kann sich das Management der Skyguide mit guten Gründen auf den Standpunkt stellen, die Modularisierung der Skyguide in mehr als eine juristische Person habe praktische Vorteile (Ziffer 4.6). Dem gegenüber enthält das Gesetz keine Anhaltspunkte, weshalb eine Einschränkung auf eine einzige Gesellschaft nötig sein sollte.

Es wäre daher übermässig formalistisch, aus der Verwendung eines Artikels in der Einzahl zu schliessen, eine sachlich vertretbare Aufteilung des Flugsicherungsbetriebs auf zwei

<sup>48</sup> Botschaft des Bundesrates BBI 1992 I 607, 627; Entwurf von Art. 40 auf S. 654; Stenographisches Bulletin Nationalrat 1992 755, 782–784, keine Diskussion im Ständerat 1993 120, 136.

<sup>49</sup> Botschaft BBI 2002 4430, insb. Ziffern 1.1.1 und 3.1; die parlamentarischen Beratungen (Fussnote 47) drehten sich fast ausschliesslich um diese Aspekte. Die Möglichkeit der Fusion der privaten und militärischen Flugsicherung wurde in dieser Revision übrigens nicht neu eingeführt, sondern von Absatz 5 in Absatz 2 verschoben, um klarzustellen, dass nicht nur die zivile, sondern auch die fusionierte Flugsicherung auf die Skyguide ausgelagert werden konnte.

Rechtspersonen sei unzulässig, auch wenn die übrigen gesetzlichen Anforderungen erfüllt wären. Es ist somit gemäss dem geltenden Artikel 40 Absatz 2 LFG zulässig, verschiedene Teile der Flugsicherungsdienste auf mehr als eine Aktiengesellschaft zu verteilen. Noch nicht entschieden ist damit die Frage, ob man dabei einen Teil der Flugsicherungsaufgaben auf eine *Tochtergesellschaft* der Skyguide übertragen darf.

### 5.2.3 Gemischtwirtschaftlicher Aufgabenträger

Der Wortlaut des Gesetzes sieht die Möglichkeit einer Auslagerung auf ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen vor. Dies sind Unternehmen, bei denen sowohl der Staat als auch Private an der Trägerschaft und an der Leitung beteiligt sind<sup>50</sup>.

Der Begriff "gemischtwirtschaftlich" wird zwar nicht ganz einheitlich verwendet. Man kann etwa Artikel 762 Absatz 2 OR (Obligationenrecht, SR 220) so lesen, dass nur diejenigen Aktiengesellschaften als gemischtwirtschaftlich gelten, an denen das Gemeinwesen als Aktionär beteiligt ist. Diese Nuance ist vorliegend jedoch unbedeutend, da die Frage der Kapitalbeteiligung in Artikel 40 Absatz 2 LFG gesondert aufgenommen wird (dazu soeben Ziffern 5.2.3 und 5.2.4)

Die Skyguide ist heute nur noch marginal gemischtwirtschaftlich, indem nur irrelevante 0.06 % des Kapitals Privaten gehören. Dies bedeutet jedoch nicht mehr, als dass sich die Erwartung des Gesetzgebers nicht erfüllt hat, Private, insbesondere Fluggesellschaften, würden sich an der Flugsicherungsstelle beteiligen. Es wäre unrealistisch, eine solche Beteiligung rein aufgrund des Wortes "gemischtwirtschaftlich" imperativ zu verlangen: Der Staat muss zuerst die Strukturen zur Verfügung stellen, an denen sich Private bei Interesse beteiligen können. Auch die immer im Vordergrund stehenden Kriterien der Sicherheit und der Effizienz sprechen nicht dafür, dass die Auslagerung nur beim Vorliegen einer nennenswerten privaten (Minderheits-) Beteiligung zulässig wäre: Die Frage, ob private Aktionäre beteiligt sind, ist für Sicherheit und Effizienz weitgehend irrelevant.

Der vom Gesetz vorgesehene gemischtwirtschaftliche Charakter der Flugsicherungsstelle spricht somit nicht gegen das Projekt KNUT.

### 5.2.4 Bloss indirekte Beteiligung

Sinn und Zweck der Mehrheitsbeteiligung liegen darin, dem Bund die Kontrolle über die Skyguide auch in seiner Rolle als Aktionär zu sichern<sup>51</sup>. Der Gesetzgeber setzt mit dem Mehrheitserfordernis Artikel 169 Absatz 1 und Artikel 187 Absatz 1 Buchstabe a BV um, die beide eine staatliche Kontrolle und Lenkung externer Träger von Verwaltungsaufgaben fordern (vgl. oben Ziffer 4.5). Diese Interpretation wird von den strategischen Zielen des Bundesrates für die Skyguide 2008–2011<sup>52</sup> gestützt, indem dort die institutionelle und funktionelle Trennung der "Eignerrolle des Bundes" und "seiner Funktion als Regulator und Aufsichtsbehörde" betont wird.

Wie oben unter Ziffer 4.5 ausgeführt, wird der aktienrechtliche Weg der Einflussnahme durch die Auslagerung von Betriebsteilen auf eine Tochtergesellschaft eingeschränkt, und zwar auch bei einer vollständigen Beherrschung der Tochter durch die Mutter. Es ist zuzugeben, dass von den am angegebenen Ort besprochenen Kontrollkanälen<sup>53</sup> damit nur ein einziger

<sup>50</sup> Jaag, Dezentralisierung und Privatisierung, S. 26–33 (inkl. Übersichtstabelle), insb. S. 30–31; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 1496–1508; vgl. auch die Übersicht bei Uhlmann, Privatrechtliche Verwaltungsträger, Folie 3.

<sup>51</sup> Dies lässt sich auch in den Materialien nachweisen: Stenographisches Bulletin Nationalrat 1992 755, 782–784, insb. die Voten der Berichterstatter Wanner und Béguelin.

<sup>52</sup> BBI 2008 1949, Ziffer 1.

<sup>53</sup> Gerichtliche Beurteilung von Rechtsstreiten; parlamentarische Aufsicht insb. durch Aufsichtskommissionen; Verwaltungsaufsicht nach Artikel 3 LFG; Steuerung durch die strategischen Ziele des Bundesrates; Steuerung über die Aktionärsrechte.

beeinträchtigt wird. Auf der Verfassungsebene lautet das Resultat, dass es dem Gesetzgeber nicht verwehrt ist, auf diesen aktienrechtlichen Kontrollkanal zu verzichten und stattdessen den Bundesorganen andere Einflussmöglichkeiten zu sichern. Dies hat er aber nicht getan. Er verlangt ausdrücklich eine Kapitalmehrheit. Diese Kapitalmehrheit jedoch würde ihre praktische Funktion weitgehend verlieren, wenn auch eine indirekte Beteiligung, über eine Muttergesellschaft, ausreichen würde.

Dieser Verlust an aktienrechtlichen Kontrollmöglichkeiten wiegt umso schwerer, als die Gesetzgebung dem Bund zur Durchsetzung seiner Eignerinteressen neben den Aktionärsrechten nur noch die Genehmigung der Statuten und die Definition der strategischen Ziele zur Verfügung stellt<sup>54</sup>. Diese beiden Einflussmittel sind von beschränkter praktischer Durchschlagskraft, weil der Bund mit ihnen auf konkrete unternehmerische Entscheidungen wie beispielsweise die Verwendung eines konkreten Bilanzgewinns kaum Einfluss nehmen kann – als direkter Aktionär könnte er das an der Generalversammlung<sup>55</sup>. Die Auslagerung von Betriebsteilen entzieht dem Zugriff des Bundes als Aktionär die an sich unübertragbaren Befugnisse gemäss Artikel 698 Absatz 2 OR (mit der Ausnahme der Statutenänderung, wo das LFG den Genehmigungsvorbehalt als separaten Einflusskanal vorsieht).

Damit schliesst das Gesetz eine *indirekte* Beteiligung, wie sie für die SkN geplant ist, aus, und zwar unabhängig von der Höhe der Beteiligung. Das Projekt KNUT verstösst somit in diesem Punkt gegen Artikel 40 Absatz 2 LFG.

### 5.2.5 Rechnerisch zu geringe Beteiligung des Bundes

Auch wenn man sich auf den Standpunkt stellen würde, eine indirekte Beteiligung des Bundes an der SkN genüge den gesetzlichen Anforderungen, so müsste doch noch geprüft werden, ob die in den beiden Statuten vorgesehene minimale Bundesbeteiligung das gesetzliche Kriterium erfüllt, wonach der Bund "mehrheitlich" (d.h. zu mehr als 50 %) beteiligt sein muss.

Der Bund muss nach den geltenden Statuten der Skyguide mehr als die Hälfte des Kapitals der Skyguide halten (Art. 3 Abs. 3 der Statuten der Skyguide). Gemäss dem aktuellen Stand des Projekts KNUT ist vorgesehen, dass die Skyguide wiederum mehr als die Hälfte des Kapitals der SkN halten muss (Art. 3 Abs. 2 des Statutenentwurfs der SkN). Dies ergibt rechnerisch nur eine minimale Beteiligung des Bundes an SkN im Umfang von mehr als einem *Viertel* des Kapitals. Das ist nur die Hälfte von dem, was das Gesetz verlangt.

Gestützt auf den Kontrollzweck der Regelung könnte man dieser Berechnung entgegenhalten, sie sei zu formalistisch, weil auf jeder Stufe eine Mehrheit von 51 % ja reiche, um Entscheidungen zu fällen. Dies ist zunächst einmal für die Entscheidungen nach Artikel 704 Absätze 1 und 2 OR nicht richtig; und zudem würde es auf eine dem Wortlaut klar widersprechende Interpretation hinauslaufen: So würde beispielsweise für eine Einzelgesellschaft der Skyguide rechnerisch eine völlig verwässerte Beteiligung von 12.6 % reichen – das Gesetz verlangt aber deutlich genug, dass der Bund "mehrheitlich beteiligt" ist.

Artikel 40 Absatz 2 ist auch in diesem Punkt somit *nicht erfüllt*. Dies gälte auch, wenn man entgegen Ziffer 5.2.4 eine indirekte Beteiligung des Bundes an sich für zulässig hielte.

### 5.2.6 Genehmigung der Statuten durch den Bundesrat

Das Gesetz verlangt, dass die Statuten derjenigen Gesellschaft, die zur Erbringung der Flugsicherungsdienste herangezogen wird, vom Bundesrat genehmigt werden.

Eine Genehmigung der Statuten der SkN durch den Bundesrat ist im Projekt nicht vorgesehen. Wie schon die Mindestbeteiligung des Bundes dient der Genehmigungsvorbehalt dazu,

<sup>54</sup> Art. 40 Abs. 2 LFG und Art. 6 VFSD.

<sup>55</sup> Artikel 698 Absatz 2 Ziffer 4 OR.

dem Bund ein Mittel zu geben, um die Kontrolle über den tatsächlichen Aufgabenerfüller auszuüben. Die Genehmigung der Statuten der Muttergesellschaft allein wird dem Wortlaut und der Zielsetzung dieser Bestimmung nicht gerecht. Auch die Statuten der SkN müssen somit genehmigt werden. Daher verstösst das Projekt KNUT auch in diesem Punkt gegen das LFG.

### 5.2.7 "Der Bund ist für die hoheitliche Funktion verantwortlich."

Die drei Sprachfassungen des letzten Satzes von Artikel 40 Absatz 2 LFG lauten:

Der Bund ist für die hoheitliche Funktion verantwortlich.

Toute activité relevant de la puissance publique reste réservée à la Confédération.

La Confederazione è responsabile per quanto attiene all'esercizio della sovranità dello Stato.

Das Gesetz weist mit diesem Satz die "hoheitliche Funktion" dem Bund zu, auf französisch "toute activité relevant de la puissance publique" und auf italienisch "per quanto attiene all'esercizio della sovranità dello Stato". Der Wortlaut lässt somit annehmen, dass dies den Luftverkehrsleitdienst anspricht, wo die Flugsicherung quasi-staatliche Anweisungen gibt.

Der Modus dieser Zuweisung zum Bund ist auf deutsch und italienisch eine Verantwortlichkeit ("verantwortlich"/"responsabile"). Dies deutet darauf hin, dass eine blosser Verdeutlichung eines bereits bekannten Gedankens gemeint ist: Der Bund trägt die Endverantwortung dafür, dass der Flugsicherungsdienst korrekt geleistet wird. Auf französisch hingegen wird nicht nur die Endverantwortung, sondern die Tätigkeit an sich dem Bund vorbehalten ("toute activité ... reste réservée à la Confédération"). Dieser offenbare Widerspruch beruht auf einem Versehen der parlamentarischen Redaktionskommission, die kurz vor der Schlussabstimmung in grosser Eile die französische Fassung sprachlich verbessern wollte und dabei aus Versehen den Modus der Zuweisung geändert hat<sup>56</sup>.

Die deutsche und die italienische Fassung sowie die französische Fassung aus den Detailberatungen ("La Confédération assume la haute responsabilité.") geben somit den Sinn der Bestimmung besser wieder: Das Gesetz weist dem Bund die End- (oder Gewährleistungs-) Verantwortung zu, nicht aber die Pflicht, die Aufgabe unbedingt selber zu erfüllen. Gegenüber den bereits geprüften Elementen von Artikel 40 Absatz 2 LFG bringt dieser Satz somit keine weitere Einschränkung für das Projekt KNUT mit sich.

## 5.3 Ergebnis und Lösungsmöglichkeiten

Das Projekt ist, so wie geplant, unter dem geltenden LFG nicht zulässig. Es gibt zwei Bereiche, wo es die Anforderungen nicht erfüllt, nämlich:

<sup>56</sup> Der Entwurf des Bundesrats (BBl 2002 4446, Botschaft S. 4430) enthielt den Satz noch nicht. Der Nationalrat nahm am 4. Dezember 2002 den Entwurf des Bundesrats ohne Änderungen an (Amtliches Bulletin Nationalrat 2002 1946–1949). Der Ständerat fügte am 11. März 2003 auf Antrag seiner Kommission am Ende von Artikel 40 Absatz 2 den fraglichen Satz ein, um die Endverantwortung des Bundes für die Flugsicherung zu betonen (Amtliches Bulletin Ständerat 2003 156–160, insb. das Votum des Berichterstatters Leuenberger auf S. 157). Der Nationalrat übernahm den vom Ständerat geänderten Text am 12. März 2003. Der Berichterstatter führte aus, es solle "damit verdeutlicht werden, wer für diese ausgelagerte Aufgabe, also für die Flugsicherung, letztlich die Verantwortung trägt. Der vom Ständerat beschlossene Zusatz wäre eigentlich nicht nötig, weil bereits Absatz 1 von Artikel 40 des geltenden Rechtes die Verantwortlichkeit des Bundes festhält." (Amtliches Bulletin Nationalrat 2003 264–265, Hervorhebungen hinzugefügt). Knapp vor der Schlussabstimmung (Amtliches Bulletin Ständerat 2003 371, Nationalrat 2003 520) und in grosser Eile änderte die parlamentarische Redaktionskommission (genauer: das Sekretariat der Kommission nach Rücksprache mit Ständerat Pfisterer) die französische Fassung so ab, wie sie heute im Gesetz steht. (Telefonische Auskunft von Alexandre Schneebeli, Parlamentsdienste, vom 3. September 2008; Stellungnahme GS-UVEK per E-Mail vom 14. März 2003). Der Redaktionskommission wäre eine solche materiell bedeutsame Änderung gar nicht erst erlaubt gewesen (Art. 57 Abs. 3 Parlamentsgesetz, ParlG, SR 171.10, bzw. damals Art. 32 Abs. 1 des Geschäftsverkehrsgesetzes, AS 1962 773, in der Fassung gemäss Ziffer I des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1991, in Kraft ab dem 1. Febr. 1992, AS 1992 2344; BBl 1991 III 617 812).

- bei der Mindestbeteiligung des Bundes am Kapital (oben Ziffern 5.2.4 und 5.2.5), und
- bei der Genehmigung der Statuten (oben Ziffer 5.2.6).

### 5.3.1 Lösungsmöglichkeiten betreffend die Mehrheitsbeteiligung

- a. Man könnte in die laufende LFG-Revision eine Änderung von Artikel 40 LFG aufnehmen, welche die Auslagerung von Teilen des (auch Kern-) Geschäfts auf Tochtergesellschaften (und damit eine bloss indirekte Beteiligung) ausdrücklich erlauben würde. Zudem müsste das Problem der rechnerischen Mindestbeteiligung gelöst werden, entweder durch eine Lockerung des gesetzlichen Minimums<sup>57</sup> oder durch eine Erhöhung des statutarischen Minimums<sup>58</sup>. Die faktischen Nachteile der Tochter-Konstruktion blieben trotz der gesetzgeberischen Verankerung bestehen. Dies wiegt umso schwerer, als mit den militärischen Diensten ein unter Gesichtspunkten der Souveränität und der Neutralität heikler Geschäftsbereich betroffen ist. Diese Lösung ist daher nicht zu empfehlen.
- b. Man könnte diesem Problem ausweichen, wenn man die SkN nicht als Tochter, sondern als Schwester von Skyguide ausgestalten würde, d.h. wenn der Bund direkt die Aktien von SkN hielte. In Bezug auf die geforderte Bundesbeteiligung wäre somit eine Gesetzesrevision nicht nötig, solange die Statuten von SkN eine Mindestbeteiligung des Bundes von 50 % vorsähen.
- c. Das Tätigkeitsfeld von SkN liegt vor allem mit den militärischen Diensten viel näher an der staatlichen Sphäre, als es für die mittelfristige Zukunft der Zentren Zürich und Genf und des oberen Luftraums vorgesehen ist (oben Ziffer 2.1.8). Weder enge internationale Kooperationen noch eine echte Privatisierung sind für diesen Bereich realistisch. Vor diesem Hintergrund muss unbedingt geprüft werden, ob im Rahmen der Schwester-Lösung ein Wechsel zu einer öffentlich-rechtlichen Organisation nicht zweckmässiger wäre. Konkret würde sich vor allem die Form einer öffentlich-rechtlichen Anstalt anbieten.

### 5.3.2 Lösungsmöglichkeiten betreffend die Genehmigung der Statuten

- a. Man könnte in der laufenden LFG-Revision den Genehmigungsvorbehalt abschaffen oder ausdrücklich auf die Muttergesellschaft eines allfälligen Konzerns beschränken. Das wäre angesichts der verfassungsrechtlich ziemlich genau vorgegebenen Zwecksetzung der Regelung (Kontrolle durch den Bund, um die Wahrnehmung der Verantwortung des Bundes zu ermöglichen) *nicht sachgerecht*.
- b. Man könnte die Genehmigung der SkN-Statuten durch den Bundesrat vorsehen. Das wäre angesichts des verfassungsrechtlichen Hintergrunds eindeutig die richtige Variante.

## 6. Zulässigkeit auf Verordnungsstufe

Nachdem erstellt ist, dass ohnehin das Projekt KNUT oder das LFG geändert werden müssen (oder beide), kann die Prüfung der Zulässigkeit auf Verordnungsstufe sich auf einige neuralgische Punkte beschränken. In welchen Punkten Bedarf nach einer Revision der

<sup>57</sup> Man könnte im Gesetz eine *indirekte* Beteiligung von *bloss 25 %* genügen lassen.

<sup>58</sup> Auf der Ebene der Statuten könnte man:

- a) in den Statuten der SkN zwingend eine Beteiligung der Skyguide von 100 % vorsehen;
- b) sowohl in den Statuten der Skyguide als auch in denen der SkN eine Erhöhung vorsehen, die zusammen eine indirekte Beteiligung von 50 % ergeben, z.B. 80 % und 63 %, oder zweimal 71 %.

VFSD besteht, kann definitiv erst festgelegt werden, wenn bekannt ist, in welcher Form das Projekt KNUT weiterverfolgt wird.

## 6.1 Aufgabenübertragung an die Skyguide (Art. 2 Abs. 2 VFSD)

Die ersten zwei Sätze von Artikel 2 Absatz 2 VFSD sind der Kern der Aufgabenübertragung auf die Skyguide:

Die Dienste nach Artikel 1 Absatz 1 Buchstaben a–g und Buchstabe i werden der «Skyguide Schweizerische Aktiengesellschaft für zivile und militärische Flugsicherung» (Skyguide) übertragen, welche ATS-Authority im Sinne der Anhänge 2 und 11 des Übereinkommens vom 7. Dezember 1944 über die Internationale Zivilluftfahrt (ICAO, Annex 2 und 11) ist. Die Flugsicherungsaufgaben sind im Anhang umschrieben; das Departement kann der Skyguide auch weitere Aufgaben zuweisen.

Im Rahmen der Auslegung des Gesetzes (oben Ziffer 5) wurde festgehalten, dass der Bundesrat dafür zuständig ist, einer bestimmten Gesellschaft bestimmte Flugsicherungsdienste zu übertragen. Dies hat er hier getan, und zwar hat er sowohl die Dienste als auch die Skyguide als Aufgabenträgerin genau bezeichnet. Dies schliesst für sich genommen die Aufgabenerfüllung durch eine andere Organisation als die Skyguide aus – vor allem vor dem Hintergrund der gesetzlichen Regelung, welche ein zentrales Augenmerk auf der direkten staatlichen Kontrolle des Aufgabenträgers hat. Würde die Skyguide einen ganz wesentlichen Teil der Tätigkeit, die ihr der Bundesrat zugewiesen hat, – darunter auch grosse Teile des Flugverkehrsleitdienstes – auf die SkN übertragen, so würde sie sich gewissermassen an die Stelle des Bundesrates setzen, der für diese Übertragung zuständig ist.

Artikel 2 Absatz 2 dritter Satz VFSD geht jedoch in die entgegengesetzte Richtung:

Die Skyguide kann unter ihrer Verantwortung einzelne Aufgaben durch Dritte durchführen lassen.

Auf diese Vorschrift stützt sich denn auch der Entwurf der Leistungsvereinbarung zwischen Skyguide und SkN. Für sich genommen mag der Wortlaut es zulassen, dass die Skyguide die regionalen und die militärischen Dienste als "einzelne Aufgaben" durch SkN durchführen lässt. Wiederum muss die Verordnung jedoch vor dem Hintergrund des Gesetzes gelesen werden. Dieses schliesst die Übertragung des Flugverkehrsleitdienstes auf eine nicht in genügendem Umfang und nicht direkt vom Bund kontrollierte Gesellschaft aus.

Die Verordnungsvorschrift ergibt auch dann einen plausiblen Sinn, wenn man sie konform mit dem Gesetz so auslegt, dass nur gewisse Nebendienstleistungen, die sich im Rahmen administrativer Hilfstätigkeiten<sup>59</sup> halten, auf Dritte übertragen werden können. Dadurch wird die Flugsicherung als (Verwaltungs-) Aufgabe nicht übertragen und es besteht folglich kein Legalitätserfordernis für die Erfüllung der übertragenen Vorleistungs-Aufgaben<sup>60</sup>. Konkret ist es aus dieser Sicht kein Problem, dass die Skyguide bestimmte Aufgaben im Zusammenhang mit Computersoftware in eine Tochtergesellschaft ausgelagert hat<sup>61</sup>, denn dies berührt die Rechte und Pflichten Privater nicht.

Artikel 2 Absatz 2 VFSD lässt somit, gesetzeskonform ausgelegt, das Projekt KNUT nicht zu.

## 6.2 Insbesondere der 2. Abschnitt VFSD (Die Skyguide)

Der 2. Abschnitt der VFSD muss integral an die neue Situation angepasst werden, da er davon ausgeht, dass eine einzige Gesellschaft, die Skyguide, die wesentlichen Flugsiche-

<sup>59</sup> Zu diesem Begriff: Tschannen/Zimmerli, § 4 N. 19–12; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 279–280.

<sup>60</sup> Zur Bedeutung des Legalitätsprinzips im Rahmen administrativer Hilfstätigkeit: Tschannen/Zimmerli, § 42 N. 1–2; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 425.

<sup>61</sup> Skysoft-atm SA gemäss Geschäftsbericht 2007 der Skyguide, S. 56.

rungsaufgaben wahrnimmt, die entsprechenden Gebühren erhebt, vom Bundesrat strategische Ziele vorgegeben erhält, etc.

Der Anpassungsbedarf wird auch bei allen über die ganze Verordnung verteilten Erwähnungen der Skyguide zu prüfen sein (z.B. Art. 2 Abs. 7–10, Art. 2a Abs. 2, Art. 3a, etc.).

### **6.3 Ergebnis**

Falls man sich entscheidet, die Skyguide auf die eine oder andere Art in zwei oder mehr Unternehmen aufzuteilen (mit oder ohne Änderung des LFG), so wird der Bundesrat die VFSD entsprechend anpassen müssen. Die Details können erst beurteilt werden, wenn das angepasste Projekt und gegebenenfalls der neue Gesetzestext vorliegen.